



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 0030 DE 2002
(10 ENE. 2002)

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (e)
en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Como resultado de una averiguación preliminar adelantada en las condiciones indicadas en el número 1 del artículo 11 del Decreto 2153 de 1992, mediante Resolución 29414 del 16 de noviembre de 2000, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia, abrió una investigación por presuntos actos de competencia desleal, para determinar si las conductas realizadas por Daewoo Electronics de Colombia S.A., en adelante Daewoo de Colombia, eran contrarias a lo previsto en los artículos 8, 10, 11 y 12 de la ley 256 de 1996.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso contemplado para este tipo de actuaciones, se notificó la apertura de investigación y se corrió traslado a los investigados para que aportaran y solicitaran pruebas. La parte denunciante Makro de Colombia S.A., en adelante Makro de Colombia y la parte denunciada, Daewoo de Colombia, solicitaron la práctica de pruebas, siendo decretadas por la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia mediante acto administrativo número 0028918-10000-10001 de 2001.

TERCERO: Una vez culminada la etapa probatoria, la funcionaria elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación, el cual fue a su vez trasladado para que las partes manifestaran sus opiniones tal como se ordena en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante oficios 0028918-20000-20001 del 28 de septiembre de 2001. Vencido el término para que las partes expresaran sus opiniones éstas manifestaron:

1 La parte denunciada

Daewoo Electronics de Colombia S.A.

No presentó alegatos de conclusión.

2 La parte denunciante

Makro de Colombia S.A.

"(...) a Usted con todo respeto, por medio del presente documento presento escrito de opiniones y conclusiones dentro del trámite de la referencia, en los siguientes términos:

I. HECHOS PROBADOS

1. Desde el año 1.996 entre las sociedades MAKRO DE COLOMBIA S.A. y DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA se verificaron acercamientos comerciales tendientes a concluir negociaciones comerciales entre tales compañías. Tales negociaciones no concluyeron satisfactoriamente por cuanto DAEWOO no permitía

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

la libre comercialización de sus productos y en particular por cuanto el suministro de los mismo se supeditaba que estos fueran comercializados con "precio acordado".

"... Con Daewoo no pudimos hacer negociaciones porque ellos no decían que debíamos colocar ciertos precios de venta..., señala la declaración de Carlos Madrigal, Director Comercial de Makro. En igual sentido obra declaración del Presidente de Makro:

"En repetidas ocasiones hubo acercamientos comerciales que no fructificaron, debido a la solicitud de Daewoo de manejar un precio acordado, factor que atenta contra la libre competencia".

2.- Ante esta situación, desde el año 1.996 Makro adquirió y con destino a su comercialización electrodomésticos distinguidos con la marca Daewoo, los cuales ha distribuido entre las tiendas Makro ubicadas en las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín y Barranquilla, para la venta a sus clientes, bienes que han sido adquiridos mediante compra efectuada, entre otros proveedores, a la sociedad PRECISION TRADING CORPORATION, con sede en la ciudad de Miami Fl., sociedad que se encuentra expresa y legalmente autorizada por la firma DAEWOO ELECTRONICS CENTRAL AMERICA INC., para la comercialización de los mismos, en calidad de distribuidor autorizado de los productos distinguidos con la marca DAEWOO¹, en condiciones comerciales que permitían su comercialización con los precios más bajos del mercado, según el formato comercial de la cadena.

3.- Los electrodomésticos adquiridos de la sociedad PRECISION TRADING CORPORATION, han sido lícitamente introducidos al comercio nacional por parte de Makro de Colombia S.A.² y no han sido sujetos a modificación o alteración alguna y están siendo ofrecidos y comercializados por Makro de Colombia S.A. con sus características originales de fábrica y se encuentran legítimamente marcados con la marca DAEWOO los productos distinguidos con la marca DAEWOO comercializados o anunciados en venta por Makro de Colombia S.A., cuentan con todas las garantías de calidad e idoneidad legalmente exigidas y con la asistencia técnica, suministro de repuestos y reparación suministrados directamente por Makro de Colombia S.A. en cumplimiento de la obligación de garantía que legalmente le corresponde³.

4.- El día 18 de noviembre de 1996 Daewoo Electronics de Colombia Ltda., remitió a Makro de Colombia S.A. una comunicación en la cual manifestaba lo siguiente⁴:

"Señores
MAKRO DE COLOMBIA S.A.
Atn, Dr. Tulio Arbeláez
Presidente
Cra 39 No. 193-63
Ciudad

Apreciados Señores:

¹ Ver respuesta a la pregunta 7 del interrogatorio del señor JAIME GIL MORENO Representante Legal de Makro y certificación de DAEWOO ELECTRONICS CENTRAL AMERICA INC. En la cual informa que Precision Trading Corporation es distribuidor autorizado de los Productos Daewoo.

² Con la queja inicialmente presentada por Makro de Colombia S.A., fueron acompañados los documentos que acreditan la legalidad de la importación de los productos marca Daewoo.

³ Ver respuesta a la pregunta 13 de la declaración del señor CARLOS EDUARDO MADRIGAL Director Comercial de Makro de Colombia S.A. e informe del Representante Legal de dicha compañía radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio el día 29 de agosto de 2001 con destino al trámite de la referencia.

⁴ Copia de esta comunicación fue allegada ante la Superintendencia de Industria y Comercio junto con la queja en contra de Daewoo Electronics de Colombia Ltda radicada el día 19 de abril de 2000 bajo el número 00028918 y nuevamente fue entregada copia de la misma durante la diligencia de interrogatorio por parte del señor JAIME GIL MORENO ROMERO Representante legal de Makro de Colombia S.A. el día 15 de agosto de 2001, dentro del trámite de la referencia. Ver respuesta a la pregunta 4 del interrogatorio.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

El 11 de septiembre de 1996 enviamos una carta en la que les comunicábamos que su compañía no está autorizada para importar y comercializar en el mercado colombiano los productos electrónicos de marca DAEWOO que no hayan sido autorizados por nuestra organización ya que poseemos los derechos de propiedad de dicha marca en Colombia, especialmente para productos eléctrico y electrónicos.

Sin embargo, encontramos que a la fecha su compañía aún se encuentra importando directamente y vendiendo productos de marca DAEWOO de otros países sin nuestro permiso, y de igual manera continua realizando publicidad promocionando los productos. Por esta razón, nos vemos en la obligación de recordarles que deben detener dicha acción inmediatamente. Esta es una segunda comunicación de advertencia.

En caso de continuar con esta situación, nos veremos en la penosa necesidad de tomar el recurso legal que corresponda, dado que este tipo de proceder de parte de MAKRO está ocasionándole a DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA múltiples inconvenientes en el mercado.

Esperamos muy sinceramente que comprendan nuestra posición y tomen la acción necesaria a la mayor brevedad posible.

Agradecemos de antemano la atención que se sirvan prestar a la presente comunicación

Atentamente.

Firmado
ROBERTO VÉLEZ RODRÍGUEZ
Gerente Nacional de Ventas

(Subrayado fuera del texto)

5. Dada las infundadas solicitudes de permisos a Daewoo Electronics de Colombia para poder importar productos Daewoo, Makro ha continuado comercializado tales productos, sin atender tales requerimientos y presiones.

6.- El día 3 de octubre de 1999 la Sociedad Daewoo Electronics de Colombia Ltda., publicó simultáneamente en las ciudades de Santafé de Bogotá, Cali y Barranquilla, a través de diarios de amplia circulación los siguientes avisos:

En Santafé de Bogotá y Cali; (Diarios El Espectador y el País, respectivamente)

**"DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA INFORMA:
QUE LOS ELECTRODOMÉSTICOS MARCA DAEWOO ANUNCIADOS POR LA CADENA MAKRO
DE COLOMBIA NO CUENTAN CON EL RESPALDO NI LA GARANTÍA DE DAEWOO
ELECTRONICS DE COLOMBIA.**

Sólo los distribuidores autorizados cuentan con el gran respaldo y la garantía que ofrece DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA".

En Barranquilla. (Diario El Herald)

**"DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA INFORMA:
QUE LOS ELECTRODOMÉSTICOS MARCA DAEWOO ANUNCIADOS POR LA CADENA MAKRO DE
COLOMBIA NO CUENTAN CON EL RESPALDO NI LA GARANTÍA DE DAEWOO ELECTRONICS DE
COLOMBIA".**

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Sólo los distribuidores autorizados cuentan con el gran respaldo y la garantía que ofrece DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA en la Costa Atlántica.

ALMACÉN B.C. ALMACEN J.R. ASYCO. CACHARRERIA MUNDIAL. CREDIHOGAR . DE TODO PARA EL HOGAR DISELCO LTDA. DISTRIMUEBLES ECOL. ELECTROCOL. ELECTROMUEBLES. ELECTROCRÉDITO - ELECTROREYES - FRIOHOGAR - FULL HOGAR - MUEBLES Y COLCHONES PEREIRA. RAYCO. REBAJA LA 40 . SAO. SOCOL.. SERCOL. TROPICOL.

II. NORMAS VIOLADAS

Fueron invocadas como normas violadas las siguientes:

1. Práctica o convenios prohibidos: El art. 1º de la Ley 155 de 1959 ha establecido que quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto imitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de práctica y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios equitativos.

2. Prohibición de desarrollar actos constitutivos de competencia desleal que atenten contra la libre concurrencia de los demás comerciales al mercado: El art. 8 de la Ley 155 de 1959, establece que las empresas comerciales no podrán emplear prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a monopolizar la distribución, ni ejecutar actos de competencia desleal, en perjuicio de otros comerciantes

3. Prohibición general: el Art. 7 de la ley 256 de 1966 ha señalado que quedan prohibidos los actos de competencia desleal, Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de una buena fe comercial.

Además la norma señala que en concordancia con lo establecido por el numeral 2º del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial y comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”.

De conformidad con lo anterior, el Art. 2º de la misma Ley ha establecido una presunción para tener por acreditada la finalidad concurrencial de los actos de competencia desleal, de la siguiente manera:

“ART. 2: ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. Los comportamientos previsivos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen (sic) en el mercado y con fines concurrenciales.

La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero”.

4.- Adicionalmente , la ley 256 de 1996 establece algunas conductas típicamente constitutivas de competencia desleal como a continuación se relacionan:

Actos de desviación de la clientela: El art. 8 de la Ley 256 de 1996 considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Actos de confusión: El Art. 10 de la ley 256 de 1996 considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos".

Actos de engaño: El Art. 11 de la ley 256 de 1996 considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Adicionalmente este artículo señala que se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos."

Actos de descrédito: El Art. 12 de la Ley 256 de 1996 considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones mercantiles, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes".

Actos de Comparación: El Art. 13 de la Ley 256 de 1996 considera desleal la comparación pública de la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Así mismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos, ni comprobables".

III. CONCLUSIONES

En primer término, es preciso aclarar que la investigación no está referida a la obligación que podría caberle a Daewoo Electronics de Colombia de atender garantías mínimas presuntas de productos de marca Daewoo importados directamente por terceros, aspecto en el cual compartimos plenamente las apreciaciones de la Superintendencia, pues es claro que ningún debe le corresponde en dicho sentido.

La conducta enjuiciada, dentro del contexto transcrito y probado, luego de haber pretendido imponer precios a uno de sus posibles distribuidores, es la de utilizar impropriamente el nombre de Makro de Colombia S.A. para, mediante una campaña publicitaria ambigua y de doble sentido, incurrir en actos de clara desviación, engaño u confusión, en relación con los productos y prestaciones de mi representada.

Es preciso resaltar que durante la etapa probatoria no fue objeto de análisis la comunicación dirigida por Daewoo Electronics de Colombia Ltda. a Makro de Colombia S.A. de fecha 18 de noviembre de 1996, que reposa en el expediente y que fue allegada ante la Superintendencia de Industria y Comercio en dos oportunidades a fin de ser tenida en cuenta dentro del trámite.

Pues bien, dicha comunicación es de suma importancia dado que de ella pueden establecerse las reales circunstancias que han dado origen a la publicación de los avisos de prensa por parte de Daewoo Electronics de Colombia Ltda. con la firme intención de atacar la participación de Makro de Colombia S.A. en el mercado de los productos.

En la mencionada comunicación de fecha 18 de noviembre de 1996, Daewoo Electronics de Colombia Ltda. manifiesta entre otros lo siguiente:

"El 11 de septiembre de 1996 enviamos una carta en la que les comunicábamos que su compañía no está autorizada para importar y comercializar en el mercado colombiano los productos electrónicos de marca

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

DAEWOO que no hayan sido autorizados por nuestra organización, ya que poseemos los derechos de propiedad de dicha marca en Colombia, especialmente para productos eléctricos y electrónicos.

Sin embargo, encontramos que a la fecha su compañía aún se encuentra importando directamente y vendiendo productos de marca DAEWOO de otros países sin nuestro permiso, y de igual manera continua realizando publicidad promocionando los productos. Por esta razón, nos vemos en la obligación de recodarles que deben detener dicha acción inmediatamente. Esta es una segunda comunicación de advertencia.

En caso de continuar con esta situación, nos veremos en la penosa necesidad de tomar el recurso legal que corresponda, dado que este tipo de proceder de parte de MAKRO está ocasionándole a DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA múltiples inconvenientes en el mercado.

Afirmaciones carentes de toda realidad dado que como quedó demostrado en el trámite, Makro de Colombia S.A. ofrece en venta productos legítimamente distinguidos con la marca DAEWOO, que han sido legalmente adquiridos de distribuidor autorizado, introducidos lícitamente en el comercio nacional, y ofrecidos al público con sus características originales son modificación ni alteración alguna, los cuales cuentan con todas las garantías legalmente exigidas.

Adicionalmente, de conformidad con la reglamentación vigente al momento de la infracción, el registro de la marca no habilita a su titular para impedir a otros comerciantes la oferta al público de productos lícitamente distinguidos con la misma marca que hayan sido adquiridos de alguna persona autorizada para su distribución.

En efecto, el inciso 2º del Art. 105 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena establece que:

"El registro de la marca no confiere a su titular el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados, o, usar la marca para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada; siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a error o confusión sobre el origen empresarial de los productos respectivos."

A su turno el Art. 106 de la misma Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena establece que:

"El derecho conferido por el registro de la marca no concede a su titular la posibilidad de prohibir a un tercero la utilización de la misma, con relación a los productos marcados de dicho titular, su licenciatario o alguna otra persona autorizada para ello, que hubiesen sido vendidos o de otro modo introducidos lícitamente en el comercio nacional de cualquier país por éstos, siempre y cuando las características de los productos no hubiesen sido modificadas o alteradas dentro de su comercialización."

Por tanto, a la sociedad DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA LTDA. no le estaba legalmente autorizado prohibir a Makro de Colombia S.A. la comercialización de los productos DAEWOO que habían sido adquiridos lícitamente por esta y habían sido regularmente introducidos al comercio nacional, mucho menos a través de los actos contrarios a la promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a los que se refiere la queja interpuesta.

Es por ello que la sociedad Daewoo Electronics de Colombia S.A., al no tener mecanismo legal alguno que impidiera a Makro de Colombia S.A. comercializar los productos legítimamente marcados con la marca DAEWOO e ingresados legalmente al territorio nacional, optó por efectuar las publicaciones que fueron objeto de queja en aras de restringir la participación de Makro de Colombia S.A. en el mercado.

Así las cosas, la intención de Daewoo Electronics de Colombia Ltda. con su conducta, no está encaminada a evitar que los consumidores se dirijan a ellos para la efectividad de las garantías que le corresponde prestar

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

a Makro de Colombia S.A., garantías que como es obvio no corresponde atender a Daewoo, sino que la realidad es otra: dicha conducta está encaminada y tiene como objeto restringir la participación en el mercado de mi representada.

Si analizamos con detenimiento el contenido de los avisos publicados por Daewoo Electronics de Colombia Ltda., observamos que no era necesario involucrar directamente el nombre de Makro de Colombia S.A. para comunicar masivamente que solamente los productos comercializados por Daewoo Electronics de Colombia Ltda. cuentan con la garantía y el respaldo de esa compañía. El loable propósito ilustrativo que advierte ahora la superintendencia en el aviso publicado, se podía lograr, SIN NECESIDAD DE HACER ALUSIÓN O MENCIÓN ALGUNA al nombre de Makro de Colombia S.A., y menos para dejar en el ambiente, del público consumidor, - no especializados en materias de libre competencia, la sensación de que los productos Daewoo comercializados por Makro no contaban con servicio y respaldo técnico, y que Makro no es uno de los Distribuidores autorizados de la Marca Daewoo, pues ese el efecto propio de la campaña de descrédito adelantada.

Nótese que la similitud existente entre la marca DAEWOO y el nombre comercial DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA, crean en la conciencia del público consumidor, que por lo demás no tiene un técnico conocimiento de las normas de promoción de la competencia ni de competencia desleal, la creencia de que los productos de dicha marca comercializados por Makro de Colombia S.A. no cuentan con respaldo alguno ni con garantía, ya que si esta afirmación la emite quien tiene un nombre comercial similar a la marca parecería que los productos que ellos no respaldan no se encuentran respaldados ni garantizados, lo cual es completamente falso según se ha demostrado a lo largo del trámite.

Por ultimo, respetuosamente creemos que en esta materia, no solamente el resultado engaño, error, desviación, descrédito, etc, son conductas que permitan afirmar la tipificación del presupuesto fáctico de las normas de competencia desleal, pues todas esas conductas están igualmente reguladas no solo como tipos de lesión o resultado, sino, además como tipos de peligro o de potencialidad, esto es, que la sola potencialidad, capacidad de inducir a error, descrédito, etc., deja inmerso al autor en la conducta y lo sujeta a sus consecuencias jurídicas.

Es por ello, que la normatividad no reclama en momento alguno, prueba positiva y definitiva del efectivo error, del efectivo desvío, del efectivo engaño, de la evidente confusión, etc, sino que la simple potencialidad del acto para incurrir en tales modalidades de competencia desleal es suficiente para hacerlo objeto de sanción, y desde luego corresponde a la Superintendencia evaluar directamente y ante sí, como Juez de la conducta, su potencialidad frente a los supuestos de hecho de las normas de competencia desleal, por lo cual no se reclama prueba adicional que el ponderado análisis de los avisos de prensa acompañados como documentales de la queja, aunado a la correspondencia en la que Daewoo ha manifestado su decidida voluntad de prohibir a Makro importar o comercializar los productos Daewoo sin su permiso o autorización, documental que obra igualmente debidamente acompañada en el expediente.

En el presente asunto, y más aun considerando los antecedentes comerciales y las pretendidas "prohibiciones" efectuadas por Daewoo Electronics de Colombia a Makro, basta la sola lectura, aun a lectura exegética, de los avisos de prensa objeto de la actuación, para concluir que los mismos son mas que potencialmente idóneos para desacreditar las prestaciones, engañar, generar descrédito y desviar la clientela de Makro de Colombia, en relación con los productos Daewoo distribuidos por esta, sin que haya sido necesaria la demostración fehaciente del engaño, del efectivo desvío, se reitera, de la efectiva materialización del propósito, para que se abra paso la sanción correspondiente.

Por las consideraciones precedentes, respetuosamente solicito a la Señora Superintendente se acceda a las peticiones señaladas en la queja que ha dado lugar a la presente actuación".

CUARTO: Habiéndose evacuado adecuadamente todas las etapas del proceso, este Despacho procede a decidir el caso en los siguientes términos:

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

1 Facultades de la Superintendencia de Industria y Comercio

En el artículo 143 de la Ley 446 de 1998 se dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá respecto de las conductas constitutivas de la competencia desleal las mismas atribuciones señaladas legalmente en relación con las disposiciones relativas a promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, incluida la que tiene en el número 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 sobre las sanciones contempladas en los números 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 por violación de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia.

Atendiendo lo previsto en el artículo 144 de la Ley 446 de 1998, en las investigaciones por competencia desleal la Superintendencia de Industria y Comercio seguirá el procedimiento previsto para las infracciones al régimen de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas y podrá adoptar las medidas cautelares contempladas en las disposiciones legales vigentes.

Según lo contemplado en el artículo 147 de la precitada ley, concordante con el 58 de la Ley 510 de 1999, la decisión de la Superintendencia en materia de competencia desleal tendrá el carácter de cosa juzgada y ésta o el juez competente conocerán a prevención de éstos asuntos.

La decisión corresponde a esta Entidad, toda vez que la denuncia que generó nuestra actividad se refiere a actos de competencia desleal que no han sido puestos a consideración de los jueces de la República.

2 Aspectos generales

Según la ley de competencia desleal, para efectos de su aplicación es necesario que se cumplan unos presupuestos especiales. Uno objetivo, cuando el acto o la conducta se realice en el mercado y con fines concurrenciales, es decir, conductas o actos objetivamente idóneos para mantener o incrementar la participación de un agente en el mercado⁶. Otro subjetivo, por el cual se exige que el sujeto pasivo participe dentro de un mercado definido⁷. Y, el territorial, según el cual el acto investigado debe estar llamado a tener efectos en el territorio nacional⁸.

2.1 Ámbitos subjetivo y territorial de aplicación

Se cumplen los supuestos contemplados en los artículos 3 y 4 de la ley 256 de 1996, en la medida en que Daewoo de Colombia, se dedica a la importación y comercialización en general de electrodomésticos y productos de la marca Daewoo, siendo así partícipes en el mercado de la comercialización y venta de productos electrodomésticos.

En cuanto al presupuesto territorial, se encuentra en el expediente demostrado que los hechos investigados se pudieron haber ejecutado en el territorio nacional y los efectos de dichas conductas se reflejarían en el mercado interno.

2.2 Ámbito objetivo de aplicación

Según lo señalado en el artículo 2 de la Ley 256 de 1996, los comportamientos serán considerados desleales siempre y cuando se realicen con finalidad concurrencial, la que existirá cuando el acto "por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

⁶ Artículo 2 de la Ley 256 de 1996.

⁷ Artículo 3 de la Ley 256 de 1996.

⁸ Artículo 4 de la Ley 256 de 1996.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Los motivos por los cuales se abrió la investigación implicarían la posible competencia desleal en que podría haber incurrido Daewoo de Colombia, por motivo de la publicación el 3 de octubre de 1999, de avisos en diversos diarios nacionales por medio de los cuales se informó que "...los electrodomésticos marca Daewoo anunciados por la cadena Makro de Colombia, no cuentan con el respaldo ni la garantía de Daewoo Electronics de Colombia S.A. ...", así como que, "... sólo los distribuidores autorizados cuentan con el gran respaldo y la garantía que ofrece Daewoo Electronics de Colombia ...".

3 Conducta investigada

Como resultado de la investigación realizada, los hechos respecto de los cuales habrá que resolver son:

- Makro de Colombia, sociedad legalmente constituida, tiene por objeto social importar, distribuir, comprar, vender y comercializar diferentes productos entre los cuales se cuentan los electrodomésticos.⁹
- En desarrollo de su objeto social, Makro de Colombia comercializa productos marca Daewoo, los cuales adquiere entre otros proveedores de la sociedad Precision Trading Corporation, de Miami, Florida, la cual se encuentra expresamente autorizada por Daewoo Electronics Central America Inc. como distribuidor autorizado de los productos de la marca Daewoo.^{10 11}
- Los productos marca Daewoo comercializados por Makro de Colombia cuentan con garantía de calidad e idoneidad, asistencia técnica, suministro de repuestos y reparación, los cuales son suministrados directamente por Makro de Colombia en cumplimiento de la obligación que legalmente le corresponde de acuerdo con el decreto 3466 de 1982¹².

⁹ Radicación 00028918 del 19 de abril de 2000. Certificado de Cámara de Comercio anexo a la denuncia.

¹⁰ En su respuesta a la pregunta 10 formulada en el curso del testimonio rendido por el señor Carlos Eduardo Madrigal Arango, Director Comercial de Makro de Colombia, al ser preguntado en qué forma ésta sociedad obtiene los productos de la marca Daewoo, aquel manifestó, "Los adquirimos a un distribuidor autorizado de Daewoo en Miami, llamado Precision, hicimos todas las vueltas legales de nacionalización de producto para tenerlo en venta."

¹¹ En el mismo sentido el Presidente de la cadena Makro de Colombia al responder a la pregunta uno del interrogatorio que le fuere formulado, en el sentido de si es cierto o no que los productos marca Daewoo que comercializa Makro de Colombia S.A., no los adquiere de Daewoo Electronics de Colombia S.A.? manifestó: "Sí, sin embargo son adquiridos por Makro de Colombia legalmente y comercializados cumpliendo todos los requisitos que exige la ley dentro del marco de la libre competencia y el marco legal."

Este punto queda completamente dilucidado en el curso de la misma diligencia, en la respuesta a la pregunta 7: "... Makro de Colombia compra a Precision Trading Corporation e importa cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la ley ..."

¹² Decreto 3466 de 1982. Artículo 1°. "Definiciones

Para los efectos del presente decreto, entiéndese por:

a) Productor: Toda persona natural o jurídica, que elabore, procese, transforme o utilice uno o más bienes, con el propósito de obtener uno o más productos o servicios destinados al consumo público. Los importadores se reputan productores respecto de los bienes que introduzcan al mercado nacional. ..."

Artículo 2. Calidad de bienes y servicios.

Salvo lo dispuesto en las normas técnicas de calidad que se adopten en desarrollo y de conformidad con el Decreto 2416 de 1971 y demás disposiciones que lo modifiquen, aclaren, complementen o reglamenten, y del régimen de licencia o registro legalmente obligatorios, todo productor de bienes o servicios es libre de adoptar la tecnología de producción que estime más adecuada para asegurar la calidad y la absoluta idoneidad de aquellos en los términos del presente Decreto.

Artículo 11. Garantía mínima presunta.

Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios (...)

Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores."

Sobre el particular, el director Comercial de Makro de Colombia manifestó al responder a la pregunta trece del cuestionario que le fuere formulado "Sí, tenemos Centros de Servicio en todo el país y antes de adquirir un producto en el extranjero primero averiguamos si es autorizado o no y después se conversa con él a qué centro de servicio se puede llevar el producto de acuerdo con las ciudades que tenemos puntos de venta. Nosotros con Precision tenemos una relación comercial de mucho tiempo atrás y tenemos los diferentes Centro de Servicio en esa época del aviso."

Artículo 13. Aspectos que comprenden la garantía mínima presunta y las garantías diferentes a la mínima presunta:

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

- Daewoo de Colombia, en desarrollo de su objeto social también comercializa electrodomésticos de la marca Daewoo, los cuales son fabricados por la sociedad surcoreana Daewoo Electronics, e importados por aquella¹³.
- Los productos de la marca Daewoo comercializados por Daewoo de Colombia, se encuentran amparados por garantía de calidad e idoneidad, asistencia técnica, suministro de repuestos y reparación de acuerdo con la obligación que legalmente le corresponde a dicha sociedad de acuerdo con lo señalado por el decreto 3466 de 1982 referente a la garantía mínima presunta, la cual cubre a aquellos productos que comercializa mediante su importación y venta¹⁴.
- Daewoo de Colombia dispuso la publicación de sendos avisos el 3 de octubre de 1999 en diversos diarios de circulación nacional, mediante los cuales se informó, que "... los electrodomésticos marca Daewoo anunciados por la cadena Makro de Colombia, no cuentan con el respaldo ni la garantía de Daewoo Electronics de Colombia S.A.", así como que, "... sólo los distribuidores autorizados cuentan con el gran respaldo y la garantía que ofrece Daewoo Electronics de Colombia S.A. ...". En el texto del aviso publicado en el diario El Herald de Barranquilla en la misma fecha, se agregó al final del texto que acaba de enunciarse, "en la Costa Atlántica"¹⁵.

4 Adecuación normativa

En Colombia está consagrado el deber de abstenerse de causar daños a otros¹⁶. Esa obligación negativa se extiende aún al deber de reparar los perjuicios que se puedan causar extralimitándose en el ejercicio de un derecho¹⁷.

Tanto la garantía mínima presunta como las garantías diferentes a ella se extenderán, según la naturaleza del bien o servicio, a las obligaciones de proporcionar la asistencia técnica indispensable para la utilización, de reparar y de suministrar los repuestos necesarios para este último efecto. Estas obligaciones se entenderán pactadas en todos los contratos de compraventa de bienes y de prestación de servicios, sometidos al régimen de garantía mínima presunta o respecto de los cuales se haya otorgado garantías diferentes.

Siempre que se reclame la efectividad de la garantía antes del vencimiento de su plazo, no podrá cobrarse suma alguna al consumidor por los gastos y costos que implique la reparación por fallas en la calidad o en la idoneidad del bien ni por el transporte o acarreo de éste para su reparación y devolución al consumidor, todos los cuales correrán en todo caso por cuenta del proveedor o expendedor. En caso de repetirse la falla se procederá al cambio del bien por otro de la misma especie, si lo solicitare el consumidor, salvo convención expresa en contrario y a condición de que la solicitud se haga estando aún vigente el plazo mencionado.

¹³Ello se corrobora con el escrito radicado bajo el número 00028918-12 del 22° de diciembre de 2000, en donde el representante legal consigna estos hechos los cuales por ser propios equivalen a una confesión, así como con el Certificado de Existencia y Representación legal de la sociedad aportado con el mismo. De igual manera se constata lo anterior con el testimonio del señor Manuel Enrique Romero, en su respuesta a la pregunta 5, "Daewoo Electronics de Colombia Ltda. da garantía a los equipos o aparatos importados y vendidos por la firma Daewoo Electronics de Colombia Ltda.?, donde manifestó, "Sí, desde que comenzó Daewoo Electronics de Colombia Ltda. en el año de 1996, hemos velado al máximo por cumplir con la garantía que le hemos ofrecido a todos los clientes y a sus distribuidores que confían en nuestra marca en la adquisición de sus electrodomésticos."

¹⁴Ver nota anterior. Ibidem.

¹⁵Los avisos mencionados se acompañaron como anexos de la denuncia según radicación 00028918 del 19 de abril de 2000.

Adicionalmente, de los diversos diarios oficiados respondieron positivamente los siguientes, remitiendo copia de las ediciones correspondientes en donde aparecen los avisos publicados: El Herald de Barranquilla, radicación 00028918 del 24 de agosto de 2001, El Espectador de Bogotá, radicación 00028918 del 23 de agosto de 2001 y El País de Cali, radicación 00028918 del 23 de agosto de 2001. Los diarios El Tiempo y El Colombiano, respondieron en sentido negativo.

¹⁶"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido." Código Civil, artículo 2341.

¹⁷Con base en el artículo 2341 del C.C., que consagra la responsabilidad por el dolo o la culpa, se consideró que el uso del derecho con desmedro de la función social que le es inherente por mandato del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886 (hoy artículo 58 de la Constitución Política de 1991), constituye un especie particular de culpa aquiliana por abuso del mismo, que puede ir desde el comportamiento doloso, hasta el simple daño causado por simple negligencia o imprudencia, como en el evento en que alguien pone una denuncia criminal contra una persona sin tener bases serias para ello.

La Corte Suprema de Justicia, citando a Josserand, formula el principio manifestando que "cada derecho tiene su espíritu, su objeto y su finalidad; quien quiera que pretenda desviarlo de su misión social, comete una culpa, delictual o cuasidelictual, un abuso del derecho, susceptible de

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

En el caso del derecho a competir consagrado constitucionalmente¹⁸, las fronteras al desarrollo de la facultad están en las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas¹⁹ y de competencia desleal²⁰. En concordancia, en el primer (1°) párrafo del artículo 7 de la Ley 256 de 1996 se dispuso, que "los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial". Por tanto, están "...prohibidos los actos de competencia desleal". En los artículos 8 al 19 de la ley se consagran conductas particulares de competencia no leal.

En las actuaciones relativas a posibles actos de competencia desleal, la Superintendencia de Industria y Comercio sigue el procedimiento previsto para casos de prácticas comerciales restrictivas²¹. En ese trámite se distinguen dos etapas, la averiguación preliminar y la investigación²². La investigación se inicia cuando la fase inicial ha permitido que la Entidad concluya mérito para ello²³. Cuando ese es el caso, el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia vincula a los denunciados que corresponda, mediante la notificación de una resolución de apertura en la que se señalan, tanto los comportamientos que serán objeto de estudio, como las normas frente a las cuales se verificará la legalidad o no de lo actuado²⁴.

Una vez abierta la investigación y formulados los cargos al presunto infractor, queda delimitado el marco fáctico y normativo de la misma²⁵, siendo deber de las autoridades garantizar el principio de contradicción²⁶ y debido proceso, así como al derecho de defensa²⁷.

Librería del Profesional, octava edición 1999.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de septiembre 17 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Nicolás Bechara. Abuso del derecho cuando el denunciante de una infracción penal actúa con intención de perjudicar al denunciado. "La jurisprudencia ha precisado los casos en que tiene ocurrencia el abuso del derecho, distinguiendo entre los actos que mueven su ejercicio con malicia o con la única intención de causar daño, de aquellos que simplemente son producto de la temeridad o la imprudencia, constitutivos de los llamados actos excesivos; ...En ese orden de ideas y en cuanto concierne al correcto tratamiento del fenómeno jurídico del abuso del derecho, únicamente cuando el denunciante de una infracción penal actúa entonces con intención de perjudicar al denunciado, o lo hace sin el cuidado con el que normalmente y ordinariamente obran las personas prudentes, y de tal proceder se genera un daño, aquél incurre en la responsabilidad civil prevista en el artículo 2341 del código civil, quedando en la obligación de resarcir el perjuicio causado al sindicado." Gaceta Jurisprudencial N° 68, octubre de 1998, página 5.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de febrero 6 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Lafont Pianeta. Abuso del derecho. Constituye una especie particular de culpa aquiliana. Responsabilidad civil derivada. Dolo o culpa en la denuncia de infracciones penales. "Desde luego, la responsabilidad civil surgida como consecuencia del abuso en el ejercicio de un derecho subjetivo, supone la existencia del dolo, o de la temeridad o imprudencia en quien así actúa, la culpa del agente de ese acto ilícito, circunstancias cuya demostración resulta indispensable para que pueda declararse judicialmente la responsabilidad en cuestión e imponer la condena respectiva por los perjuicios irrogados a la víctima. Por ello, tiene dicho esta Corporación que, así entendido, "el abuso del derecho constituye una especie particular de la culpa aquiliana", en la cual "puede irse desde la culpa más grave, equivalente al dolo, en que el agente procede movido por la intención de causar daño, animus nocendi, hasta el daño ocasionado por simple negligencia o imprudencia no intencionada" como lo dijo la Corte en sentencia de 21 de febrero de 1938 (G.J. XLVI, pág.60)." Gaceta Jurisprudencial N° 61, marzo de 1998, página 5.

Sobre el mismo tema ver: C.S.J., Sala de Casación Civil, sentencia de junio 8 de 1999. Magistrado ponente: Dr. Nicolás Bechara. Abuso del derecho como especie de la responsabilidad civil, solo puede ser fuente de indemnización cuando se pruebe que existen los tres elementos clásicos en ella: culpa, daño y relación de causa o efecto entre aquella y éste. Gaceta Jurisprudencial N° 77 de julio de 1999.

¹⁸ "La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades". Artículo 333 de la Carta Política.

¹⁹ Ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992, normas concordantes.

²⁰ Ley 256 de 1996.

²¹ Artículo 143 de la ley 446 de 1998.

²² Artículo 52 del decreto 2153 de 1992.

²³ Artículo 52, inciso 1 del decreto 2153 de 1992.

²⁴ Artículos 11 numeral 1 y 52 del decreto 2153 de 1992.

²⁵ Diccionario Práctico Español Moderno.

²⁶ Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo. Artículo 3 del Código Contencioso Administrativo.

²⁷ Artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

5 Actos de Desviación de clientela

Conforme con lo previsto en el artículo 8 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

El artículo 8 de la ley 256 de 1996 implica, en cierto sentido, una cláusula general de conductas consideradas competencia desleal. Ciertamente, la desviación de la clientela será ilegal cuando sea el resultado de comportamientos no acordes con los parámetros de conducta empresarial aceptable y, en todo caso, contrarios "(...) a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial."

Ello implica, a "contrario sensu", que desviar clientes será aceptable en la medida que tal desviación no tenga origen en una actitud que corresponda a los supuestos de los artículos 9 a 19, o que de otra manera se presente contraria al estándar de conducta señalado en el párrafo anterior. La manera de actuar denunciada fue, en ese ámbito, lícita. Veamos:

Los elementos que componen el precepto normativo son:

- Conducta que tenga como objeto o como efecto
- Desviar la clientela respecto de:
 - De la actividad
 - De las prestaciones mercantiles
 - De los establecimientos ajenos
- Conducta contraria a:
 - Las sanas costumbres mercantiles
 - Los usos honestos en materia industrial
 - Los usos honestos en materia comercial

Analizamos así los elementos mencionados, frente al caso en estudio:

- Conducta que tenga por objeto o como efecto desviar la clientela

De acuerdo con lo consagrado en esta norma, tanto la potencialidad dañina, entendida como objeto, como el resultado dañoso, entendido como efecto, resultan válidos para considerar una conducta como desleal. Con independencia de que se presente uno u otro, la conducta será calificada como desleal. Se entiende por objeto la capacidad intrínseca del acto ejecutado para producir el efecto o comportamiento calificado por la ley 256 de 1996 como desleal. Por efecto entendemos la producción de un resultado dañino en virtud del cual hay una modificación en el mundo exterior sin atender que el agente hubiese tenido o no la intención de realizarlo.

La palabra clientela no está definida en la ley, de manera que siguiendo la norma general de interpretación de las palabras, ésta deberá entenderse en su sentido natural y obvio. Es así como clientela se define como "Conjunto de clientes de una persona o establecimiento"²⁸. Por cliente se entiende, "respecto de una persona que ejerce una profesión la que utiliza sus servicios. Respecto de un comerciante, el que compra en su establecimiento".

²⁸ Larousse Diccionario Manual Ilustrado. Página 179, 6 Edición.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Otra definición señala como cliente aquella persona que utiliza con **asiduidad** los servicios de un profesional o empresa, o la que compra en un establecimiento o utiliza sus servicios²⁹. (Negrilla fuera de texto).

Este Despacho considera que la primera definición es la adecuada para entender el criterio de clientela, excluyendo la asiduidad como factor constituyente de la misma, porque atiende de manera estricta al criterio natural y obvio sin introducir un componente adicional que opaque la evidencia del término. Así, es importante señalar que el precepto fáctico contenido en el artículo 8 de la ley 256 de 1996 hace referencia a la protección de la clientela real.

- Conducta contraria a los usos honestos y a las sanas costumbres en materia industrial y comercial

Siguiendo la redacción del citado artículo 8, encontramos que la configuración o adecuación normativa está precedida de un condicionamiento, al señalar que se considera desleal la conducta "*siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial.*" Así las cosas, para que una conducta sea calificada como desviación ilegal de clientela, se debe determinar un condicionamiento que cumpla con lo exigido por la norma transcrita.

Los usos, no constituyen más que hechos. Cuando dichos hechos se vuelven reiterados los usos se vuelven de aceptación tácita y configuran la costumbre. La honestidad se predica de ellos, así como de cualquier otra actuación y se define como el pudor y recato en la conducta. Jurídicamente trasciende la esfera de lo legal, siendo deshonesto la actuación en comunidad que no se ajuste a los preceptos legales.

"La costumbre es la repetición de ciertos actos de manera espontánea y natural, que por la práctica adquieren fuerza de ley. En su acepción más jurídica es una de las fuentes del derecho, que no es otra cosa que normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso (...). Es un producto de la voluntad de los individuos, nacida de una serie de actos idénticos y sucesivamente respetados: se forma de una manera más espontánea y más instintiva que la ley, bajo la impulsión inmediata de las necesidades. Los que primero establecieron una costumbre, por sus actos continuamente repetidos, obraron con la convicción firmísima de la conveniencia jurídica de los hechos ejecutados, considerándolos no solamente como buenos y justos para los casos presentes, sino también propicios para formar una regla común que sirva de norma para hechos futuros de idéntica analogía. Por eso, las costumbres así desarrolladas, engendran una continuidad en la vida social y en el derecho y son respetadas por un sentimiento moral de la comunidad"³⁰.

Sano, en sentido lato, significa en nuestro entender, lo bueno, lo ajustado a una convivencia armónica, que no hace mal.

Procede por tanto analizar la situación planteada a fin de establecer si la conducta de la sociedad denunciada resulta contrario a la ley, configurándose un acto de desviación de clientela.

- La conducta como objeto

Pese a que el punto no se encuentra en discusión dentro de las presentes actuaciones, valga anotar, que la garantía mínima presunta³¹ que ampara los productos de la marca "Daewoo" importados y comercializados

²⁹ Real academia de la lengua. Diccionario de la lengua española. Pág. 490, Tomo I, 1992.

³⁰ Diccionario de Derecho Usual. A-D- Santillana. CABANELLAS Guillermo. Pág. 543, tomo I. Quinta Edición.

³¹ Artículo 11 Decreto 3466 de 1982. Garantía mínima presunta: Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y prestación de servicios la obligación a cargo del productor de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro.

Para los efectos de lo dispuesto en el inciso anterior, es requisito obligatorio de todo registro indicar el término durante el cual se garantizan las condiciones de calidad e idoneidad que se ofrecen, cuando la autoridad competente no haya fijado mediante resolución el término de dicha garantía mínima presunta, según la naturaleza y clase de los bienes y servicios; cuando el término señalado por la autoridad competente afecte algún término ya registrado, este último se entenderá modificado automáticamente de acuerdo con aquel, a menos que el término registrado previamente sea mayor al fijado por la autoridad competente, caso en el cual prevalecerá el registrado por el productor

Ante los consumidores, la responsabilidad por la garantía mínima presunta de que trata este artículo, recae directamente en los proveedores o expendedores, sin perjuicio de que estos puedan, a su turno, exigir el cumplimiento de dicha garantía mínima a sus proveedores o expendedores,

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

por Makro de Colombia, corresponde prestarla, por disposición de la ley, a dicha sociedad. Esto es, que Makro de Colombia como directa importadora y comercializadora, se encuentra en obligación legal de satisfacer la garantía de los productos "Daewoo" que expende en sus almacenes³².

Ahora, la sociedad Daewoo de Colombia no es responsable de la garantía mínima presunta de los productos de la marca "Daewoo" que se comercializan por terceros, toda vez que la garantía legal mínima presunta sólo ampara aquellos productos que dicha sociedad importa y comercializa.

Así las cosas, la garantía mínima presunta que no ampara otros productos de la misma marca importados y comercializados por sociedades distintas a Daewoo de Colombia corresponde al importador y vendedor de las mismas. Por tanto, el responsable de la garantía mínima presunta en el caso bajo estudio es Makro de Colombia. Ello tampoco se encuentra en discusión, como bien lo acepta la sociedad denunciante.

Ahora bien, antes de entrar a analizar el alcance de los avisos que fueron publicados por disposición de Daewoo de Colombia y que la sociedad denunciante consideró que constituían competencia desleal, se hace necesario precisar las condiciones para que una conducta sea calificada como de desviación "desleal" de clientela:

sean o no productores.

La garantía de que trata este artículo podrá hacerse efectiva en los términos previstos en el artículo 29.

Artículo 29 Decreto 3466 de 1982. Procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías:

En caso de incumplimiento total o parcial de la garantía mínima presunta o de las demás garantías de un bien o servicio, el consumidor afectado podrá solicitar que se obligue al proveedor o expendedor respectivo a hacer efectiva la garantía o garantías o, si fuere procedente de acuerdo con el artículo 13o. del presente decreto, a cambiar el bien por otro o, si se manifestare que se desea desistir de la compraventa del bien o de la obtención del servicio, a reintegrar el precio pagado por el bien o servicio. En todo caso se podrá también solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La solicitud formulada conforme al inciso precedente se tramitará por las autoridades jurisdiccionales competentes, de conformidad con las reglas propias del proceso verbal previsto en el Título XXIII del libro 3o. del Código de Procedimiento Civil y las adicionales señaladas en el artículo 36o. La sentencia mediante la cual se decida la actuación sólo podrá ser favorable al expendedor o proveedor si éste demuestra que ha habido violación de los términos o condiciones de la garantía o garantías por parte del consumidor o que no ha podido dar cumplimiento a la garantía o garantías debido a fuerza mayor o caso fortuito, siempre y cuando no haya podido satisfacerla por intermedio de un tercero.

En la parte resolutoria de la providencia que decida la actuación se ordenará al productor, según lo haya solicitado el reclamante, hacer efectiva la garantía o garantías no satisfechas, reintegrar el precio pagado por el bien o servicio, o cambiar el bien por otro de la misma especie, en un plazo razonable a juicio de quien emita la providencia; así mismo, se dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante, por concepto de los perjuicios causados. En la misma providencia se indicará que se causa una multa, en favor del Tesoro Público, equivalente a una séptima parte del valor del salario mínimo legal mensual vigente en Bogotá, D.E., al momento de expedición de aquella, por cada día de retardo en su cumplimiento.

32Respondiendo a la pregunta 7 del interrogatorio de parte que le fuere formulado, el representante legal de Makro de Colombia, manifestó sobre el particular:

"Los productos son adquiridos de un distribuidor autorizado por Daewoo Electronics, que responde al nombre Precision Trading Corporation del cual tenemos una carta certificada por Daewoo donde lo reconoce como su distribuidor autorizado. Makro de Colombia compra a Precision Trading Corporation e importa cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la ley tales como aranceles, impuestos y sin modificar en forma alguna las características o empaques de estos productos."

Preguntado acerca de si la citada compañía de la cual Makro adquiere los productos en cuestión es distribuidora de Daewoo Electronics de Colombia Ltda., manifestó:

"No, sin embargo es un distribuidor autorizado para la marca que conoce con anterioridad el destino de dichos productos, razón por la cual Daewoo Electronics como casa matriz está autorizando dichas transacciones. Esto indica que si Daewoo de Colombia considera esto un inconveniente debería resolverlo con su casa matriz y no con Makro de Colombia, ya que nosotros no somos fabricantes sino comercializadores."

Preguntado en la misma diligencia respecto de la garantía de los productos marca Daewoo que vende Makro de Colombia respondió así a la pregunta 2:

"Sí, Makro de Colombia presta un servicio de garantía a los clientes que compran dichos productos que no necesariamente son respaldados por la garantía de Daewoo Electronics de Colombia. No son respaldados por la garantía Daewoo Electronics de Colombia."

Y al responder la pregunta 10 en la mencionada diligencia, manifestó:

"... estos electrodomésticos marca Daewoo son adquiridos legalmente de un distribuidor de Daewoo, quien es el único responsable de la calidad y garantía de fabricación de dichos productos fabricados por Daewoo."

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Se ha dicho que las normas que restringen los derechos de competir y de informar tienen el carácter de expresas, prohibitivas y excepcionales. Esto es que por excepción, prohíben expresamente ciertas conductas a las cuales la ley califica como desleales. De acuerdo con lo expuesto en materia de competencia desleal, todas las demás figuras y categorías jurídicas publicitarias resultan lícitas y están permitidas, salvo explícita excepción o prohibición legal en contrario.

En cuanto a las dudas o vacíos que puedan presentarse en la aplicación de las diferentes normas sobre competencia engañosa, ilícita o desleal, deben resolverse a favor de la regla general y en contra de la excepción, de donde resulta que frente a un caso en concreto, los actos jurídicos, categorías, figuras, modalidades o especies publicitarias son lícitas y están permitidas. También se ha dicho de estas reglas que "tienen también especial aplicación en materia probatoria, en caso de ausencia de prueba o de prueba deficiente o no suficientemente convincente que permita lograr la certeza de la plena prueba del ilícito concurrencial."³³

En materia de "competencia comercial" impera como regla general la libertad de competencia, de concurrencia y de información, de donde puede válidamente afirmarse que el competir, concurrir, informar y difundir se convierte en una "obligación", pero si bien, la disputa por el favorecimiento de la clientela entre los diferentes partícipes de un mercado es inherente a nuestro sistema económico, el derecho a competir y la libertad de empresa tampoco son absolutos, estos tienen que ejercerse bajo unos criterios de corrección que tengan en cuenta el mercado y los derechos de los demás partícipes.

Por otra parte, es necesario tener presente que no toda referencia negativa que se haga de un competidor, o de sus productos o sus establecimientos implica una conducta desleal.

De acuerdo con lo anterior este Despacho encuentra que los avisos ordenados por Daewoo de Colombia aludiendo a los términos de cubrimiento de su garantía y anunciando que los productos comercializados por Makro de Colombia no se encuentran amparados por la garantía que por ley se encuentra en obligación de prestar aquella, corresponden a su legítimo derecho de comunicar e informar a su clientela sobre un aspecto que como el servicio de postventa, resulta de trascendental importancia en el giro de las actividades mercantiles propias de estas comercializadoras, en lo cual ocupa preeminente lugar la atención de cualquier eventual reclamo que pueda presentarse por concepto de la garantía de los productos que ofrecen en el mercado, debido a la necesidad inherente a este tipo de comercializadores de mantener y conservar en buen lugar la imagen de la marca y defender la recordación que de la misma se tenga entre el público.

Ahora, con la publicación de los avisos cuestionados, Daewoo de Colombia se limitó a comunicar al público circunstancias atinentes a la garantía de los productos de la marca "Daewoo" que distribuye conducta que no sobrepasa la permisión consagrada en la norma y no se constituye como una acción susceptible de desviar hacia sí, de manera desleal, los "clientes" de la sociedad denunciante.

Analizado el acerbo probatorio recaudado a lo largo de la investigación, este Despacho no encuentra demostrado que la forma de proceder de la sociedad denunciada Daewoo de Colombia y en particular, la publicación de los avisos que suscitaron la discordia entre las partes haya tenido como objeto desviar la clientela de la actividad, las prestaciones mercantiles, o los establecimientos ajenos y que en consecuencia, dicha conducta resulte contraria a las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial o comercial.

- La conducta como efecto

³³ Laudo Arbitral del 26 de febrero de 1999. Tribunal de Arbitramento de Icollantas S.A. contra AUTO MUNDIAL LTDA. y otras. Presidente José Ignacio Narváez García.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Pese a las manifestaciones de los representantes de Makro³⁴ respecto de los efectos de los avisos publicados por Daewoo de Colombia, no se allegó a la investigación material probatorio que demuestre la realización de una efectiva desviación de clientela de la sociedad denunciante hacia Daewoo de Colombia.

En cambio llama la atención de este Despacho, que al interior de la investigación se encuentra acreditado cuando menos un caso de lo que podría denominarse "*desviación de la reclamación por garantía*" de un cliente de Makro de Colombia hacia Daewoo de Colombia.

Este hecho consistió en que el adquirente de un electrodoméstico de marca Daewoo, comprado en los almacenes de la denunciante Makro de Colombia³⁵, formuló una reclamación³⁶ por garantía ante la sociedad Daewoo de Colombia a mediados del año 1999. Este hecho no solo se encuentra soportado documentalmente sino que fue admitido por el propio representante legal de la sociedad denunciante^{37 38}.

Adicional a esta que denominamos "*desviación de la reclamación por garantía*" ya citada, otros adquirentes de productos marca "Daewoo" de Makro de Colombia, habrían formulado diversas reclamaciones ante Daewoo de Colombia, de acuerdo con lo declarado por el señor Manuel Enrique Romero Mora, Asesor Técnico de Daewoo de Colombia. Estos compradores, habiendo adquirido productos de la marca "Daewoo" en los almacenes de Makro de Colombia, acudieron ante la sociedad Daewoo de Colombia, solicitando se les atendiera por el servicio de garantía³⁹.

³⁴ El Doctor Jaime Gil Moreno Presidente y representante legal de la sociedad denunciante Makro de Colombia expresó sobre el particular: "... tenemos información dirigida al comercio en general, donde Daewoo Electronics de Colombia Ltda. manifiesta la posición, en medios masivos, de no avalar la garantía de su marca Daewoo para los productos vendidos por Makro de Colombia indicando los distribuidores autorizados y atentando contra la libre competencia ya que está induciendo al consumidor, en una forma directa, dónde debe realizar su compra y dejando en el mercado un mensaje equivoco sobre la legalidad de la comercialización de los productos Daewoo por parte de Makro de Colombia".

Por su parte el Doctor Carlos Eduardo Madrigal, Director Comercial de Makro de Colombia, quien refiriéndose a los avisos publicados por Daewoo de Colombia, expresó, al responder a la pregunta 11, "*Tanto proveedores como clientes y empleados estaban muy sorprendidos por eso y la pregunta que hacían era qué situación había pasado ...*". (Respuesta a la pregunta 14 de su declaración).

³⁵ Factura de venta N° 5-0206734 del 31 de marzo de 1997, la cual fue atendida por Daewoo de Colombia a mediados del año de 1999, según se observa en los anexos.

³⁶ A folios 38 a 86 como anexos del escrito de descargos radicado bajo el número 00028918-11 de enero 12 de 2000

³⁷ PREGUNTA 3: Sírvase manifestar si es cierto si o no que personas que adquirieron electrodomésticos marca Daewoo en Makro de Colombia S.A., acudieron a Daewoo Electronics de Colombia Ltda., con el fin de que dichos electrodomésticos fueran reparados en desarrollo de la garantía que debe otorgarse a los mismos.

RESPUESTA No. Solamente tenemos conocimiento de un caso por lo que no podríamos hablar de personas, sin embargo existen mecanismos legales y amparados por la libre competencia que les hubiese permitido a Daewoo Electronics de Colombia guiar a dichos clientes hacia el responsable de la garantía. Uno de estos mecanismos hubiese podido ser la factura de compra. Con este mecanismo Daewoo Electronics hubiera podido identificar el lugar de compra y dirigir al usuario hacia el responsable de dicha garantía.

³⁸ PREGUNTA 6: Sírvase manifestar si Makro de Colombia S.A. atendió la reclamación de la señora Vilma Inés Sarmiento por razón de la garantía de un electrodoméstico marca Daewoo, adquirido en los almacenes Makro de Colombia S.A., y de la cual da cuenta la queja formulada ante la Superintendencia de Industria y Comercio?

RESPUESTA: No. No tuvimos conocimiento de dicha queja de haberla tenido hubiéramos dado solución a ese inconveniente. Sin embargo deseo manifestar que el responsable de la garantía en principio es el fabricante ya que Makro de Colombia es un comercializador. Ante el consumidor el está adquiriendo un producto fabricado por Daewoo independiente de su origen. No es admisible para el consumidor la posición de segregar el mercado por productos vendidos por Daewoo Estados Unidos o vendidos por Daewoo Colombia, el consumidor debe tener un respaldo de marca y la marca de los productos para este caso es Daewoo, el tratamiento dado a la persona de esta queja lo consideramos inadecuado ya que el consumidor es ajeno a los problemas comerciales de ambas empresas.

³⁹ Me encuentro laborando en Daewoo Electronics de Colombia Ltda. desde su fundación y he tenido constancia directa de recibir casos de exigencia de garantía de clientes de Makro, con respecto a Daewoo Electronics de Colombia Ltda. Esto se comenzó a presentar si mal no estoy desde el año 1998 aproximadamente en nuestro Centro de Servicio que tuvimos en el Barrio Modelia, en la Avenida Calle 39 de Bogotá. Recuerdo específicamente casos de hornos microondas, de equipos de sonido y de televisores, vendidos por la compañía Makro y en los cuales no se dio una respuesta satisfactoria de parte de Makro de Colombia. Recuerdo un caso muy especial, de un horno microondas, marca Daewoo, que el cliente fue a buscar nuestros servicios, ya que en Makro-Cumara de la 180, no se le solucionó el problema al cliente. La falla del horno microondas era que no prendía y se le recibió al cliente, repito, por la falta de atención de Makro de Colombia. Ella había sido dirigida al Centro de Servicio HGE Electrónica Servicio Autorizado de Makro de Colombia, el cual se encontraba domiciliado en el Barrio Quinta Paredes de Santafé de Bogotá. Yo le recibí al cliente el servicio para dejar en alto el nombre de Daewoo a nivel mundial y se recibió como un servicio cobrable y aunque el horno estaba de garantía por parte de Makro de Colombia la señora accedió a pagar el valor de la reparación que fue de aproximadamente 30 mil pesos y nos pidió que la factura expedida por Daewoo Electronics de Colombia Ltda. fuera hecha a nombre de Makro-Cumará. Tuve otro caso directo de un equipo de sonido referencia AMI 230, este aparato fue recibido por mi compañía ya que según me acuerdo este equipo fue un regalo al cliente por parte de un familiar suyo y ella no sabía donde había sido adquirido este electrodoméstico. Este aparato no fue posible repararlo por falta de un repuesto y como Daewoo responde por sus garantías procedí a comunicarme con el cliente que si

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

La conducta de desviación denunciada no se evidencia para el Despacho.

- Conducta contraria a los usos honestos y a las sanas costumbres comerciales

En materia de publicidad, de información y de competencia comercial, hay que partir del principio constitucional de la libertad. Lo cual va de pareja de las demás libertades tales como: la económica, la iniciativa privada y de empresa, de expresión, de opinión, de difusión y de información.

Por tanto, en el mercado de la venta de productos o servicios, captar clientela, constituye un propósito para el triunfo de la empresa, vital para su permanencia y posicionamiento en el mercado.

Para el empresario "competir" es una "obligación" la cual comporta la utilización de diversas herramientas lícitas que le permitan atraer la clientela.

El supuesto de la norma, requiere verificar que el agente actúe de manera contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial. Ahora, la transgresión de un precepto legal torna deshonesto la conducta de cualquier competidor en el mercado.

Examinado el acerbo probatorio que obra en la investigación, no aparece demostrada la sana costumbre mercantil o los usos honestos en materia industrial o comercial que hubieran resultado vulnerados con la conducta investigada. Tales sanas costumbres mercantiles o usos honestos en materia industrial o comercial que se pretenden vulnerados debieron ser objeto de actividad probatoria por parte de la sociedad denunciante.

Una sociedad al informar que los productos "Daewoo" distribuidos por empresas distintas a ella, pero de igual marca, no cuentan con sus servicios posventa, no transgrede norma alguna por ser precisamente un hecho cierto. Por tanto, la sociedad puede ejercer un legítimo derecho de informar, mientras no incurra en engaño.

Ahora, la conducta desplegada por la sociedad denunciada no contraría las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia comercial. Así, los hechos no sobrepasan la posibilidad de desviar lealmente la clientela que comporta todo acto de competencia.

Al respecto manifestó el señor Manuel Enrique Romero Mora:

"... Se habían pasado informes a la Gerencia de Daewoo Electronics sobre algunas quejas, que clientes de Makro de Colombia nos querían obligar a cumplir con una garantía que no era de nuestra parte. A la semana siguiente de publicado el aviso, recibí orden de la compañía de fijar el original de este aviso en la cartelera de la recepción del departamento de Servicio de Daewoo Electronics de Colombia Ltda. ubicado en la calle 23 N 69 B 57 de Bogotá, para informar a los clientes de Makro el por qué no asumíamos garantías de esta compañía. Solamente fue una información de tipo no preventivo sino de conocimiento, para evitar los problemas y altercados con estos clientes".⁴⁰

mal no recuerdo vive en Chía, Cundinamarca, a pedirle que por favor me hiciera llegar los documentos del aparato para hacer el cambio del aparato en mención. Definitivamente el cliente no pudo conseguir documentos y le pedí que se acercara a la oficina con la caja y los accesorios del equipo. Cabe anotar que este modelo de equipo también es importado por Daewoo Electronics de Colombia Ltda. pero se diferencian con los productos importados de Makro, en relación a este modelo, por el color de la caja. En el caso de los distribuidos por Daewoo Electronics de Colombia Ltda. la caja es de color azul oscuro, que es el color representativo de Daewoo a nivel mundial y la caja del equipo comercializado por Makro, es azul clara. Dio la casualidad que el día que el cliente se presentó en nuestras oficinas con dichos accesorios, ya se había hablado con el familiar que le regalo el aparato, quien le informó que este había sido comprado en Makro-Medellín. Nuevamente Daewoo queriendo dejar su imagen en alto con el cliente, procedió a cambiar el equipo, que no nos correspondía responder por esta garantía. Tuve también otro caso de un cliente que nos llevó también un horno y se procedió a informarle al cliente que nosotros no asumíamos las garantías de Makro y se le informó que debía trasladarlo al centro de servicio HGE Electrónica domiciliado en Santafé de Bogotá en el Barrio Quinta Paredes. También recuerdo dos casos de televisores marca Daewoo modelo DTQ 1423 FC que no se recibieron para reparación por no disponer nosotros Daewoo Electronics de Colombia Ltda. de los repuestos necesarios para su reparación ya que este modelo no es importado por nuestra compañía.

⁴⁰ Respuesta a la pregunta 7.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Dentro del material probatorio no se encontraron elementos adicionales a: las afirmaciones realizadas por Makro en la denuncia, en la declaración del representante legal de la denunciante Makro de Colombia y por último, en el testimonio del Director Comercial de la misma sociedad. En consecuencia, el Despacho considera que no existen elementos suficientes que permitan inferir la conducta desleal. Por tanto, el cargo no está llamado a prosperar, ya que la conducta desplegada por la sociedad Daewoo de Colombia se ciñe a las sanas costumbres mercantiles y usos honestos en materia comercial.

6 Actos de Confusión

De conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la ley 256 de 1996, se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Análisis de los elementos de la norma:

- Conducta que tenga por objeto o como efecto

De acuerdo con este elemento de la norma, tanto la potencialidad del acto como su resultado son supuestos válidos para considerar una acción como desleal. Independientemente que se presente uno o el otro, la conducta será calificada como desleal.

- Crear confusión

El concepto de confusión no se encuentra en nuestra normatividad, por ello es necesario acudir al sentido natural de la expresión.

Se entiende por confusión la "Reunión de cosas inconexas, falta de claridad: confusión de ideas, de argumentos. Acción de tomar una cosa por equivocación, error: confusión de nombres" ⁴¹ o "Acción y efecto de confundir, mezclar. Equivocación, error" ⁴² o "Acción y efecto de confundir, mezclar cosas diversas" ⁴³.

La norma exige que el objeto o el efecto de la conducta sea causar confusión en el público. Señala el mandato que la conducta debe tener el alcance de hacer que el receptor elija una cosa por otra. Sin embargo, el resultado de la conducta de crear confusión es importante para investigar el alcance de la norma. No sucede lo mismo si se trata de estudiar la tipificación de la conducta por objeto. Así, tanto la potencialidad como el resultado de una conducta que genere confusión, son aptos para que esta se adecue al supuesto de hecho de la norma.

La confusión debe presentarse respecto de uno cualquiera de los siguientes bienes tutelados:

- En relación con la actividad;
- En relación con las prestaciones mercantiles, ó
- En relación con el establecimiento ajeno.

En éstos individual o conjuntamente considerados exige la norma que se cree la confusión, presentándose la tipificación completa tan sólo con la conducta que tenga el objeto o efecto de crear confusión en uno de ellos o en la de todos.

⁴¹ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse. Segunda Edición, Tomo I, 1990.

⁴² Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima primera edición, Tomo I, Madrid 1992.

⁴³ Diccionario Enciclopédico Espasa, Cíclopes Dantes, Octava edición, Madrid 1978.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Ahora, para que se produzca un juicio de reproche a la luz de la ley de competencia desleal no se requiere la coexistencia de todos y cada uno de los bienes tutelados. Basta que se pruebe la confusión respecto de uno cualquiera de ellos.

Por otra parte, el elemento objeto que se estudia dentro de las normas de competencia tiene en cuenta la potencialidad de daño de una conducta frente a un mercado o a un competidor, así los agentes no lo busquen⁴⁴. La Corte Suprema de Justicia ha señalado que basta con que los actos ejecutados sean por sí mismos suficientes para producir esos resultados, esto es que sean "intrínsecamente aptos" para esos efectos⁴⁵. Ello no es otra cosa que el peligro potencial de ocasionar un daño. Una interpretación diferente sería solo para considerar desleales las conductas en las que el agente quiera causar daño y actúe con dolo, mas no en los que actúe con culpa⁴⁶.

No obstante, por no tener definición legal la expresión efecto debe acudirse a su sentido natural u obvio⁴⁷, entendiéndose por este vocablo aquello que sigue por virtud de una causa o fin para lo que se hace una cosa⁴⁸.

Es así como el citado artículo 10 de la ley de competencia, se refiere a crear confusión, término por el cual se entiende, en su sentido natural y obvio, "la reunión de cosas inconexas. Desorden. Falta de orden. Falta de claridad: confusión de ideas, de argumentos. Acción de tomar una cosa por equivocación, error"⁴⁹.

La norma exige que mediante la realización de la conducta se cree en el público confusión. La conducta debe tener la aptitud, magnitud, idoneidad y capacidad de hacer que el receptor de la conducta elija una cosa con la convicción de estar eligiendo otra. Por tanto, se genera un efecto desorientador en el consumidor. Sin embargo, no se requiere que el efecto o resultado se produzca. Basta que la conducta desplegada por el agente de la misma, sea intrínsecamente apta para generar la confusión.

En el caso examinado la adecuación de los hechos a la norma en estudio no se encuentra probada ni por objeto ni por efecto.

Con referencia al objeto, vale anotar que del acerbo probatorio aquí examinado no se deriva que Daewoo de Colombia hubiese estado ni potencial, ni efectivamente, incurso en un acto desleal de confusión en relación con la actividad, las prestaciones, o el establecimiento ajeno, que para el caso en estudio es Makro de Colombia. Veamos:

- Conducta que tenga como objeto

La sociedad Daewoo de Colombia aquí denunciada y la cual se constituyó en el año de 1996, se dedica a la importación y comercialización⁵⁰ de productos de la marca Daewoo, los cuales son fabricados por la sociedad Daewoo Electronics, con sede en Corea.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Nicolás Bechara Simancas. 12 de septiembre de 1995. Exp. 3939.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Artículo 63 Código Civil. La ley distingue tres especies de culpa y descuido: Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale a dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar el negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

⁴⁷ Artículo 28 del Código Civil.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal.

⁴⁸ Diccionario de la Lengua Española, Tomo 1, página 791.

⁴⁹ Diccionario Larousse Manual Ilustrado.

⁵⁰ Para lo cual cuenta con su propia red de distribución.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

La garantía mínima presunta⁵¹ que ampara los productos de la marca Daewoo importados y comercializados por Makro de Colombia, corresponde por disposición legal a dicha sociedad.

Daewoo de Colombia no es responsable de la garantía mínima presunta de los productos de la marca "Daewoo" que se comercializan por terceros, toda vez que, la garantía mínima presunta que ésta debe satisfacer sólo ampara los productos que Daewoo de Colombia importa y comercializa.

Los avisos ordenados por Daewoo de Colombia en los diferentes diarios nacionales referentes a los términos de cubrimiento de su garantía y su anuncio de que los productos comercializados por una tercera comercializadora, Makro de Colombia, no se encuentran amparados por la garantía que Daewoo de Colombia se encuentra en obligación de prestar, evitan hacia el futuro que los consumidores se confundan en cuanto a la compañía a la cual deben acudir para formular cualquier reclamación relacionada con la garantía de un producto que aún siendo de la misma marca que los que comercializa Daewoo de Colombia, no fuera vendido por dicha sociedad directamente o a través de su red de distribución.

La realización de tal conducta en defensa de su imagen ante los consumidores de la marca que distribuye hacen parte de su legítimo derecho de mantener informados a los consumidores en torno a un aspecto sustancial en el giro de sus actividades comerciales. Ello se encuentra directamente relacionado con la mejor prestación del servicio de postventa aspecto este que se constituye como parte fundamental de la imagen de una marca.

Sin embargo, con la publicación de los avisos cuestionados por la denunciante, no se han sobrepasado los límites de lo tolerable en esta materia. La conducta analizada no es susceptible de crear confusión ni con la actividad, ni con las prestaciones, ni tampoco con el o los establecimientos ajenos. Por el contrario, contribuye a hacer claridad en cuanto a la mejor diferenciación entre unos y otros.

En consecuencia, debemos concluir que no se evidencia que la conducta investigada hubiera tenido como objeto crear una confusión con la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

- Conducta que tenga como efecto

No se acreditó la existencia de confusión en los consumidores a partir de los avisos publicados por Daewoo de Colombia, no obstante lo afirmado por el Presidente y el Director Comercial de Makro de Colombia.

- Crear confusión

No aparece tipificada la conducta requerida para este caso. Los hechos probados en la investigación, no demuestran que los avisos que suscitaron la investigación tuvieran el objeto o causaran el efecto de confundir a los consumidores.

- Sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o establecimiento ajenos

El Despacho no encuentra probado el hecho de la confusión en los consumidores, en particular sobre la legítima procedencia de los productos "Daewoo" importados y comercializados por Makro de Colombia.

Lo anterior corresponde al derecho de informar a su clientela en cuanto a las limitaciones de la garantía de los productos de la misma marca pero vendidos por un tercero. Así, lo expuesto permite concluir que no se acredita violación del artículo 10 de la ley 256 de 1996.

7 Actos de engaño

⁵¹ Artículo 11 del decreto 3466 de 1982.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

Según el artículo 11 de la ley 256 de 1996 se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto inducir al público a error sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajeno. También se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Para la tipificación de una conducta en este supuesto, primero es necesario establecer sus elementos:

- Conducta que tenga como objeto o como efecto

De acuerdo con este elemento, tanto la potencialidad dañina del acto como el resultado, son validos para considerar una acción como desleal y así, con independencia de que se presente una u otra, la conducta será calificada como desleal.

- Inducir a error

El concepto de error es necesario entenderlo en su expresión natural. Veamos:

"Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada. Cosa hecha erradamente"⁵² o "Idea falsa o equivocada. Conducta reprobable"⁵³.

La norma exige que mediante la conducta se induzca a error al público. Así, debe tener la magnitud de crear en el receptor un juicio falso o equivocado. Ahora, el resultado de la inducción es esencial para investigar el asunto por efecto, no obstante el mismo resultado no es indispensable para estudiar la tipificación de la conducta por objeto.

- Sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos

Según el supuesto en estudio, la inducción a error debe presentarse sobre:

- La actividad ajena;
- Las prestaciones mercantiles ajenas; o
- El establecimiento ajeno.

Cada uno de estos bienes tutelados es sobre los cuales exige la norma la inducción a error, presentándose la tipificación completa tan sólo con la conducta que tenga el objeto o efecto de inducir a error en uno de ellos o en todos.

- Presunción

Según este artículo se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas, tendientes a inducir a error sobre los bienes comentados.

El condicionamiento de la norma exige que existan aseveraciones incorrectas o falsas y éstas induzcan a error. En caso de no probar el efecto del error, la capacidad de las imprecisiones de producir ese resultado serán analizadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que son emitidas. Así, no cualquier tipo de afirmación falsa o incorrecta tendrá la condición exigida por el artículo en mención. Para que la deslealtad se dé, debe probarse la falsa identidad con la realidad de una afirmación y, posteriormente, la inducción al error que genera, según las circunstancias de cada caso.

⁵² Diccionario de la Lengua Española, Decimonovena Edición, 1970.

⁵³ Diccionario Larousse, Ediciones Larousse S.A., 1983.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

No encontramos que la misma se adecue una vez estudiada la conducta objeto de investigación frente a los elementos tipificantes de la norma desleal correspondiente. Veamos:

Los avisos que suscitaron la denuncia publicados por Daewoo de Colombia⁵⁴, contienen afirmaciones que se refieren en principio, a un producto que se está comercializando en el mercado, "... los electrodomésticos marca Daewoo..." y a continuación especifican, "... anunciados por la cadena Makro de Colombia ...", con lo cual, hacen referencia a un establecimiento ajeno, para predicar de aquellos que " no cuentan con el respaldo ni la garantía de Daewoo Electronics de Colombia".

Así pues, claramente se observa en los avisos en cuestión que se hacen dos tipos de afirmaciones, una, alusiva a un tercero, Makro de Colombia, otra, alusiva a sí misma y a su propia red de distribuidores cuando agrega, "... solo los distribuidores autorizados cuentan con el gran respaldo y la garantía que ofrece Daewoo Electronics de Colombia ...". En relación con este aspecto resulta evidente que Daewoo de Colombia hace referencia a sí misma, no a su competidor.

Analizadas las afirmaciones contenidas en los avisos publicados por Daewoo de Colombia encontramos que si bien en ellos se hace referencia a una prestación mercantil y a un establecimiento ajenos, en este caso la cadena Makro de Colombia y los productos de marca Daewoo que ésta comercializa, como se vio, no aparece probado dentro de la investigación que tales afirmaciones resulten incorrectas o falsas y por ende, que induzcan a error al público.

Para este Despacho se trata entonces de afirmaciones referidas básicamente a la marca de un producto aunque en el contexto del aviso se nombra a un comercializador. Sin embargo, en contra de éste no se lanza una afirmación que pueda catalogarse como aseveración incorrecta o falsa, ni tampoco que sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos.

Por otra parte, dentro del expediente se encuentra acreditado que la cadena Makro de Colombia adquiere los electrodomésticos marca Daewoo que comercializa de otro u otros proveedores diferentes de Daewoo de Colombia, sin que de ello pueda predicarse en modo alguno que la procedencia de los productos y su posterior comercialización está por fuera de los cánones legales requeridos.

De acuerdo con el artículo 11 del Decreto 3466 de 1982 sobre garantía mínima presunta, resulta ser cierto que los bienes marca Daewoo comercializados por Makro de Colombia, no se encuentran cubiertos por la garantía mínima presunta que a su vez ampara los bienes de la misma marca comercializados por Daewoo de Colombia y sus distribuidores por cuanto la sociedad denunciante, Makro de Colombia se encuentra legalmente en la obligación de prestarla, sin que pueda considerarse que tal prestación constituye una prerrogativa sino una obligación atribuida por la ley.

Las afirmaciones contenidas en los avisos publicitarios mencionados, precisan las limitaciones respecto del cubrimiento de su propia garantía de los productos de la misma marca comercializados por un tercero. Por tanto, no son violatorias de la norma en comento.

Dentro de la investigación no se demostró la inducción al público a error en cuanto a la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos, como tampoco que las aseveraciones contenidas en los avisos cuestionados resultaran ser incorrectas o falsas. Tampoco se demostró lo concerniente al segundo inciso de la norma, en cuanto a que la difusión mencionada fuera susceptible de inducir a error a los posibles compradores del producto sobre la naturaleza, la forma de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos de la marca Daewoo comercializados por la sociedad denunciante. En conclusión, no se encontró demostrada la realización de la conducta desleal imputada por Makro de Colombia a Daewoo Electronics de Colombia y por ende no se acredita violación del artículo 11 de la ley 256 de 1996.

54 Avisos publicados en los diarios El Espectador, El País y el Heraldo, el día 3 de octubre de 1999.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

7 Actos de Descrédito

De acuerdo con el artículo 12 de la ley 256 de 1996, se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

La definición de desacreditar no se encuentra contenida en nuestra normatividad, por lo cual es necesario entender la expresión en su sentido natural y obvio⁵⁵.

Se entiende por desacreditar "Disminuir el crédito de uno, desprestigiar"⁵⁶.

El desprestigio debe recaer sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero.

La conducta motivo de investigación no contraría el precepto analizado, acorde con las siguientes consideraciones:

A fin de constatar el hecho de la publicación que suscitó la denuncia por competencia desleal en que la sociedad denunciada habría incurrido, se ofició a diferentes diarios. Este requerimiento fue atendido oportunamente por aquellos quienes remitieron sendos ejemplares de los diarios con el texto de los avisos publicados⁵⁷.

Ahora, los avisos publicados por Daewoo de Colombia aluden a dos aspectos:

El primer aspecto, hace referencia a establecimientos ajenos. En relación con ello se afirmó, "... los productos de la marca Daewoo anunciados por la cadena Makro de Colombia no cuentan con el respaldo ni la garantía de Daewoo Electronics de Colombia".

Según quedó expresado en torno a esta afirmación, es cierto que la misma, alude a una prestación mercantil y a un establecimiento ajenos, Makro de Colombia y los productos Daewoo que ésta comercializa. Sin embargo, no puede concluirse que tales manifestaciones resulten ser incorrectas o falsas. Por ende, que tengan por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero.

Por el contrario, este Despacho encuentra que las afirmaciones contenidas en los avisos cuestionados por la denunciante y publicados en las circunstancias anotadas, resultan ser exactas, verdaderas y pertinentes por cuanto hacen precisión respecto de las limitaciones en cuanto al cubrimiento de su propia garantía respecto de productos de la misma marca comercializados por Makro de Colombia.

Con este planteamiento coincide el testimonio del señor Manuel Enrique Romero, quien refiriéndose al origen de los avisos cuestionados expresó: "No, no tengo exactamente las razones o motivos por las cuales Daewoo Electronics de Colombia Ltda. decidió publicar esos avisos. Se habían pasado informes a la Gerencia de Daewoo Electronics sobre algunas quejas, que clientes de Makro de Colombia nos querían obligar a cumplir con una garantía que no era de nuestra parte..." "... fue una información de tipo no

⁵⁵ Ibidem. Artículo 28 del Código Civil.

⁵⁶ Diccionario Práctico Español Moderno, 1992.

⁵⁷ El Heraldo de Barranquilla, radicación 00028918 del 24 de agosto de 2001.

El Espectador de Bogotá, radicación 00028918 del 23 de agosto de 2001.

El País de Cali, radicación 00028918 del 23 de agosto de 2001.

El Tiempo de Bogotá, radicación 00028918 del 27 de agosto de 2001.

El Colombiano de Medellín, radicación 00028918-10021 del 30 de agosto de 2001.

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

preventivo sino de conocimiento, para evitar los problemas y altercados con estos clientes." (respuesta a la pregunta 7 del cuestionario).

Las afirmaciones contenidas en los avisos que dieron origen a la presente actuación son afirmaciones que básicamente hacen referencia a la marca de un producto y en cuales, aunque ciertamente se nombra a un comercializador, no se lanza en su contra una afirmación que pueda considerarse una aseveración incorrecta o falsa. En consecuencia, las afirmaciones contenidas en el aviso motivo de investigación, no resultan ser violatorias de la norma objeto de análisis por cuanto no quedó demostrado en la investigación que tales manifestaciones no sean exactas, verdaderas y pertinentes. Por tanto, no prospera el cargo.

8 Otras consideraciones

- La participación de Makro de Colombia en el mercado de la marca Daewoo

Según lo manifiesta el apoderado de la denunciante, la publicación de los avisos ordenados por Daewoo Electronics de Colombia Ltda. obedece a su deseo de "atacar la participación de Makro de Colombia S.A. en el mercado de los productos" de la marca Daewoo.

Según obra en la investigación, Daewoo de Colombia comunicó a Makro de Colombia que "no está autorizada para importar y comercializar en el mercado colombiano los productos electrónicos de marca Daewoo que no hayan sido autorizados por nuestra organización ..."

La comunicación señalada, consistente en un escrito dirigido por Daewoo Electronics de Colombia a Makro de Colombia, tiene por fecha 18 de noviembre de 1996.

Según la denunciante, como consecuencia de que Makro no atendió las exigencias de Daewoo Electronics de Colombia Ltda. y, "luego de haber pretendido imponer precios a uno de sus posibles distribuidores" tomó como política de retaliación para impedir o restringir la participación en el mercado de Makro de Colombia la publicación de los avisos motivo de estas diligencias y con ello contravino las normas de competencia desleal.

Frente a lo anterior, cabe repetir que este Despacho ha analizado cada una de las conductas investigadas sin encontrar demostrado que la sociedad Daewoo de Colombia se encuentre incurso por la conducta desplegada en un acto de competencia desleal.

Como quiera que la fijación de precios se encuentra contemplada como una práctica comercial restrictiva de la libre competencia al tenor de lo señalado por el artículo 46 del decreto 2153 de 1992 en su numeral 1, este Despacho considera conveniente disponer que por parte de la Delegatura de Promoción de la Competencia se evalúe la posibilidad de iniciar de oficio una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación por la posible práctica restrictiva de la libre competencia que se pudiere haber presentado, para lo cual deberá remitirse copia de lo actuado dentro de la presente investigación.

9 Conclusiones

Atendiendo que en los aspectos generales y particulares no se encontraron reunidos los elementos que configuran las posibles conductas desleales aquí investigadas y que tampoco se encontró probada la desviación desleal, como tampoco la confusión o su potencialidad generadora, ni el engaño o el descrédito, no procede calificar como desleal la conducta de la sociedad aquí investigada por cuanto las características, los hechos y las situaciones jurídicas mencionadas en esta resolución dejan sin fundamento los cargos formulados.

RESUELVE:

Por la cual se decide una investigación por competencia desleal

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que con la conducta objeto de investigación, la sociedad Daewoo Electronics de Colombia Ltda., no infringió los artículos 8, 10, 11 y 12 de la Ley 256 de 1996.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el archivo de la actuación.

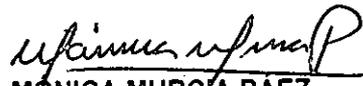
ARTÍCULO TERCERO: Disponer la remisión de copia de la presente investigación ante la Delegatura de Promoción de la Competencia, a fin de que se evalúe la posible iniciación de oficio de una averiguación preliminar en los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en relación con los hechos denunciados por Makro de Colombia S.A. en contra de Daewoo Electronics de Colombia Ltda., a fin de determinar la posible infracción de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: Notifíquese personalmente a los doctores Juan Pablo Cárdenas Mejía y Carlos Felipe Mayorga Patarroyo en su condición de apoderados de Makro de Colombia S.A. y Daewoo Electronics de Colombia Ltda. en su orden, el contenido de la presente resolución, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **10** ENE. 2002

La Superintendente de Industria y Comercio (e),


MÓNICA MURCIA PAEZ

Notificaciones:

Doctor
JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
cc. 79.143.858
Apoderado
DAEWOO ELECTRONICS DE COLOMBIA LTDA.
Calle 23 N° 69 B 57
Bogotá D.C.

Doctor
CARLOS FELIPE MAYORGA PATARROYO
cc. 80.414.092
Apoderado
MAKRO DE COLOMBIA S.A.
Carrera 39 N° 193 - 63
Bogotá D.C.

RSG/mgc

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SECRETARIA GENERAL

El 29 ENE 2002 notifique personalmente el contenido
De la presente providencia a Juan Pablo Guebara
Identificado con la C.C. No. 79143857
Entregándole copia de la misma e informándole que
Procede el recurso de reposición ante el _____
Dentro de los (5) días hábiles siguientes a la presente
Notificación

[Signature]

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
EL SECRETARIO GENERAL
Certifico que la resolución 30 de fecha 10 E/02
fue notificada mediante escrito número 2402
ante el 29 ENE 2002 desfilado 13 FEB 2002